



Ottawa, le jeudi 17 juin 1999

Dossier n° : PR-98-047

EU ÉGARD À une plainte déposée par la société Novell Canada, Ltd. aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.), modifiée;

ET EU ÉGARD À une décision d'enquêter sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes de l'article 30.14 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur détermine que la plainte est fondée.

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et (3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande que le gouvernement verse à la société Novell Canada, Ltd. une indemnité d'un montant équivalant au tiers des profits qu'elle aurait réalisés si le marché lui avait été adjugé au prix auquel il a été adjugé à la société Microsoft Corporation, c.-à-d. 359 735,07 \$ moins la TPS, parce que cette dernière a été privée de la possibilité d'obtenir le contrat et d'en tirer des profits.

Aux termes du paragraphe 30.16(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde à Novell Canada, Ltd. le remboursement des frais raisonnables engagés pour le dépôt et le traitement de la plainte.

Patricia M. Close

Patricia M. Close

Membre

Michel P. Granger

Michel P. Granger

Secrétaire

Date de la décision : Le 17 juin 1999

Membre du Tribunal : Patricia M. Close

Gestionnaire de l'enquête : Randolph W. Heggart

Avocat pour le Tribunal : Michèle Hurteau

Partie plaignante : Novell Canada, Ltd.

Avocat pour la partie plaignante : Ronald D. Lunau

Intervenante : Microsoft Corporation

Avocats pour l'intervenante : Milos Barutciski
Dany H. Assaf
Anita Banicevic

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux



Ottawa, le jeudi 17 juin 1999

Dossier n° : PR-98-047

EU ÉGARD À une plainte déposée par la société Novell Canada, Ltd. aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.), modifiée;

ET EU ÉGARD À une décision d'enquêter sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

EXPOSÉ DES MOTIFS

PLAINTÉ

Le 18 février 1999, la société Novell Canada, Ltd. (Novell) a déposé une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal), aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹ (la Loi sur le TCCE), à l'égard du marché public (numéro d'invitation W8474-9-QQD8/A) du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le Ministère) attribué pour le compte du ministère de la Défense nationale (MDN), Commandement de la Force terrestre (Forces terrestres)² à un fournisseur unique, soit la société Microsoft Corporation (Microsoft), portant sur l'acquisition de 325 licences Microsoft Windows NT Server 4.0 et de 12 000 licences d'accès client (LAC).

Novell soutient que le préavis d'adjudication de contrat³ (PAC) se rapporte à un cas non justifié de marché non concurrentiel, qui favorise un seul fournisseur n'ayant eu aucun rapport antérieur avec le MDN. Novell affirme que les Forces terrestres peuvent, de fait, rendre conforme pour l'an 2000 le système d'exploitation de réseau* actuel⁴, obtenu de la société Banyan Systems Inc. (Banyan), en demeurant à l'intérieur de la famille de produits Banyan et que, par conséquent, il n'est pas nécessaire de recourir au PAC

1. L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.).

2. Un élément des Forces canadiennes, les Forces terrestres comprennent la Force régulière et la Force de réserve. Elles comptent 15 emplacements principaux et environ 150 manèges militaires situés dans diverses régions du Canada.

3. Un préavis d'adjudication de contrat est un avis qui annonce l'intention de demander une soumission et de négocier auprès d'un seul entrepreneur. Il ne s'agit pas d'un avis d'invitation à soumissionner en régime concurrentiel. Les fournisseurs, cependant, peuvent, au plus tard à la date indiquée dans l'avis, faire connaître leur intérêt et démontrer leur capacité d'exécuter le contrat.

* [Note du réviseur : L'acronyme « NOS » peut également être utilisé pour désigner « système d'exploitation de réseau ».]

4. Le système d'exploitation de réseau gère le réseau et les ressources comme les ordinateurs, les fichiers, le courrier et les applications, les services de répertoire, les services d'impression, etc. Il permet l'interconnexion des ordinateurs et le partage de données et de périphériques. Il est le pivot central de l'infrastructure de la technologie de l'information. Le MDN exploite présentement une grande base installée en Banyan. Les Forces terrestres comptent environ 14 500 utilisateurs Banyan : 12 000 utilisateurs de Banyan Native VINES représentant 325 serveurs; et 2 500 utilisateurs de StreetTalk de NT, représentant 150 serveurs, dans la Force de réserve. Le Quartier général de la Défense nationale compte aussi environ 10 000 utilisateurs de Banyan Native VINES et un autre 2 000 utilisateurs de Banyan Native VINES au Service du recrutement, de l'éducation et de l'instruction des Forces canadiennes. Il y a aussi environ 13 000 utilisateurs des produits logiciels de Novell au Commandement aérien et au Commandement maritime. Source : Rapport de l'institution fédérale.

en question. Novell soutient de plus que l'intention des Forces terrestres d'introduire de nouvelles fonctions et de nouveaux services pour les intégrer à leurs systèmes est une question distincte de celle de la préparation pour l'an 2000 et que ces nouvelles fonctions et nouveaux services doivent être correctement définis et acquis en régime de concurrence. En résumé, Novell soutient que le PAC est partial, inéquitable et inutile.

Novell demande, à titre de mesure corrective, que le Tribunal interrompe la procédure de passation du marché public en question. En outre, Novell demande que le Ministère et le MDN lancent un appel d'offres convenable en régime de concurrence relativement au besoin ou, à titre de solution de rechange, versent à Novell un dédommagement financier complet au montant de 1 956 000 \$.

Le 24 février 1999, le Tribunal a avisé les parties que les conditions d'enquête énoncées au paragraphe 7(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*⁵ (le Règlement) avaient été remplies relativement à la plainte et que, aux termes du paragraphe 30.13(1) de la Loi sur le TCCE, il avait décidé d'enquêter sur la plainte. Le même jour, le Tribunal a rendu une ordonnance portant sur le report de l'adjudication de tout contrat relatif au marché en question, jusqu'à ce que le Tribunal ait déterminé le bien-fondé de la plainte. Dans une lettre du 25 février 1999, le Ministère a avisé le Tribunal qu'un contrat de 359 735,07 \$ avait été adjugé à Microsoft le 10 février 1999. Le Tribunal a donc annulé, le 9 avril 1999, son ordonnance du 24 février 1999 portant sur le report de l'adjudication du contrat. Le 31 mars 1999, le Tribunal a avisé les parties qu'il avait autorisé Microsoft à intervenir dans l'affaire. Le 1^{er} avril 1999, le Ministère a déposé un rapport de l'institution fédérale (le RIF) auprès du Tribunal en application de l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*⁶. Le 15 avril 1999, le Tribunal a demandé au Ministère de répondre à la demande de renseignements supplémentaires de Novell datée du 12 avril 1999. Le Ministère a répondu le 22 avril 1999. Le 19 avril 1999, Microsoft a déposé ses exposés auprès du Tribunal. Le 26 avril 1999, Novell a déposé auprès du Tribunal ses observations sur le RIF, sur les renseignements supplémentaires fournis le 22 avril 1999 par le Ministère et sur les points soulevés par Microsoft.

Les renseignements au dossier permettant de déterminer le bien-fondé de la plainte, le Tribunal a décidé qu'une audience n'était pas nécessaire et a statué sur la plainte à partir des renseignements au dossier.

CONTEXTE

Les renseignements ci-dessous, tirés des exposés des parties, visent à donner des renseignements généraux sur la présente affaire et à faciliter la compréhension de la nature des divers produits dont il est traité dans la présente plainte.

À un certain moment, deux fournisseurs, Banyan et Novell, étaient les sociétés qui dominaient le marché du système d'exploitation de réseau⁷ avec leurs produits Banyan Native VINES et Novell NetWare. Microsoft a alors fait son entrée sur le marché avec son logiciel Windows NT. Bien que Banyan, Novell et

5. DORS/93-602, le 15 décembre 1993, *Gazette du Canada* Partie II, vol. 127, n° 26 à la p. 4547, modifié.

6. DORS/91-499, le 14 août 1991, *Gazette du Canada* Partie II, vol. 125, n° 18 à la p. 2912, modifiées.

7. Un système d'exploitation de réseau est constitué de trois grands éléments de base : le système d'exploitation de base, le protocole de réseautage et le répertoire de réseau. Soumission de Novell en date du 26 avril 1999, paragr. 45.

Microsoft fournissent toutes des solutions de réseau local, seules Banyan et Novell ont des répertoires⁸ qui constituent des éléments de leurs systèmes d'exploitation. Celui de Banyan s'appelle StreetTalk et celui de Novell s'appelle Novell Directory Services (NDS). Actuellement, Microsoft ne contrôle pas ses fonctions de réseau local par l'intermédiaire d'un répertoire, mais est en train d'en développer un, le Microsoft Active Directory.

Avant 1993, Banyan fournissait le principal système d'exploitation de réseau qui avait un répertoire. Banyan a développé un produit appelé StreetTalk for NetWare (c.-à-d. pour le système d'exploitation de Novell); cependant, l'année même où ce produit était mis sur le marché (1993), Novell lançait son propre produit de répertoire (c.-à-d. NDS). Selon Novell, pendant un certain temps, les deux produits se sont fait concurrence, mais, avec le temps, le produit Novell a été celui qui a le mieux réussi.

Selon Novell, Banyan a pris la décision administrative d'abandonner le secteur des produits de réseau et de se concentrer sur la prestation de services professionnels. Dans ce contexte, Banyan avait besoin d'une solution technologique pour permettre aux détenteurs de produits Banyan de passer à un autre fournisseur, ainsi que pour fournir le support aux utilisateurs de Banyan Native VINES. Sachant que Microsoft n'avait pas de répertoire, Banyan a développé StreetTalk for NT, un répertoire qui offrait aux clients existants de Banyan la possibilité d'interconnexion entre deux réseaux distincts (Banyan Native VINES et Microsoft Windows NT) par l'intermédiaire d'un répertoire commun.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

Le 8 octobre 1998, le Ministère recevait une demande du MDN en vue de l'acquisition de 325 licences de serveur pour la mise à niveau à Microsoft Windows NT Server 4.0 afin de faire passer 12 000 de ses utilisateurs de Banyan du système Banyan Native VINES existant à Banyan StreetTalk for NT. Le 18 novembre 1998, le MDN a modifié sa demande en vue d'ajouter au besoin à combler 12 000 LAC de Microsoft.

Le 11 décembre 1998, un PAC a été publié pour le besoin susmentionné par l'entremise du Service électronique d'appels d'offres canadien (MERX), la date de clôture étant fixée au 22 décembre 1998. Le PAC indique que l'appel d'offres est réalisé en vertu des dispositions de l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁹ (l'ALÉNA), de l'*Accord sur les marchés publics*¹⁰ (l'AMP) et de l'*Accord sur le commerce intérieur*¹¹ (l'ACI). Le PAC prévoit, notamment, ce qui suit :

PAC - LICENCES POUR LA MISE À NIVEAU DES LOGICIELS DE SERVEURS

ÉNONCÉ DES TRAVAUX :

Projet de commande subséquente à l'offre à commandes de *Microsoft* visant des licences *Microsoft Windows NT Server 4.0* (nombre 325) et des licences d'accès client (nombre 12 000). Le [MDN]

-
8. Novell explique, dans sa soumission, qu'une application de répertoire peut être considérée comme un annuaire téléphonique sophistiqué pour le réseau. Les répertoires permettent d'organiser, de répartir en catégories et de nommer toutes les ressources disponibles et permettent de créer un réseau d'accès et de gestion faciles, dont les ordinateurs clients, les serveurs de fichiers, d'applications et de communication, les passerelles, les centres de commutation, les routeurs et les imprimantes, les bases de données, les serveurs Web, les logiciels de groupes, le courrier électronique et la gestion des documents ainsi que de déterminer les « droits » de chaque utilisateur du réseau.
 9. Signé à Ottawa (Ontario) les 11 et 17 décembre 1992, à Mexico, D.F., les 14 et 17 décembre 1992 et à Washington, D.C., les 8 et 17 décembre 1992 (en vigueur au Canada le 1^{er} janvier 1994).
 10. Signé à Marrakech le 15 avril 1994 (en vigueur au Canada le 1^{er} janvier 1996).
 11. Signé à Ottawa (Ontario) le 18 juillet 1994.

fait passer 12 000 de ses utilisateurs de Banyan Vines à Banyan for NT et, par conséquent, des licences NT sont nécessaires. Les alinéas 1016(2)b) et 1016(2)d) de l'ALÉNA s'appliquent à cette acquisition pour des raisons de procédures d'appel d'offres limitées restreintes. Plus précisément, l'alinéa 1016(2)d) s'applique du fait du besoin opérationnel de continuer d'utiliser le produit Banyan existant dans la mesure du possible et d'obtenir la conformité aux exigences de l'an 2000. L'alinéa 1016(2)b) s'applique aussi pour des raisons techniques puisque l'orientation du produit Banyan est clairement basée sur une plate-forme NT. L'interchangeabilité des produits possibles n'est pas un choix disponible sur le plan technique étant donné l'utilisation continue de Banyan StreetTalk.

[...] après l'an 2000, que le Ministère réexaminera ses exigences quant à son système d'exploitation de réseau.

[Traduction]

Le 11 janvier 1999, Novell a fait opposition au projet de marché public.

Le 13 janvier 1999, Banyan et Microsoft ont annoncé une alliance stratégique visant à améliorer la valeur commerciale et à offrir un avantage concurrentiel aux entreprises clientes par l'entremise des solutions intégrées de messagerie, de réseautage et d'Internet. Le communiqué de presse¹² indiquait que « [l']alliance visera particulièrement à combler les besoins des clients dans les domaines suivants : [...] service de répertoire et d'interréseautage d'entreprises, y compris l'interexploitabilité et le passage de VINES^{MD} et StreetTalk^{MD} à Windows NT Server et Windows^{MD} 2000, ce qui comprend les services de répertoire de Windows NT et le Microsoft Active Directory. » [traduction] [Soulignement ajouté]

Le 10 février 1999, le Ministère a accordé un contrat à Microsoft.

BIEN-FONDÉ DE LA PLAINTÉ

Position du Ministère

Le Ministère soutient que les Forces terrestres joueront un rôle de premier plan dans l'exécution de l'opération ABACUS pour le compte du MDN. Cette opération vise à aider les autorités civiles à pallier les effets possibles du problème de l'an 2000, ce qui comprend la possibilité de déploiement d'environ 20 000 militaires dans des opérations au Canada. À cette fin, les Forces terrestres doivent pouvoir déployer des éléments et se brancher à tout endroit de l'infrastructure de la technologie de l'information des Forces canadiennes. En outre, pour pouvoir exécuter l'opération ABACUS, le Ministère a indiqué que les Forces terrestres doivent d'abord reconfigurer leur infrastructure de la technologie de l'information de façon qu'elle soit conforme aux exigences de l'an 2000 et qu'elle puisse assurer le support à tous ses sites.

Selon le RIF, Banyan a, dans une lettre adressée au MDN le 3 novembre 1998, confirmé que, bien que n'abandonnant pas le produit Banyan Native VINES, elle procéderait au développement de nouvelles fonctions et de nouveaux services principalement pour le logiciel StreetTalk for NT. Devant cette situation, est-il ajouté dans le RIF, les Forces terrestres n'avaient d'autres choix, des points de vue technique et opérationnel (conformité aux exigences de l'an 2000) immédiats, que de « mettre à niveau » le système d'exploitation de réseau existant utilisant à la fois StreetTalk et Banyan StreetTalk for NT de façon à obtenir

12. RIF, pièce 1.

une configuration unique Banyan StreetTalk for NT. Ce changement impliquait l'obligation légale pour le Ministère d'obtenir des licences Microsoft Windows NT Server 4.0 et des LAC.

Selon le RIF, le MDN a tenu compte des facteurs suivants quand il a déterminé la version finale de son besoin en vue du PAC :

la stratégie de Banyan d'axer son développement de nouvelles fonctions de StreetTalk for NT n'apporte aux fabricants de serveurs aucune motivation technique ou financière pour obtenir l'homologation Banyan Native VINES;

des 475 serveurs utilisés par les Forces terrestres, il y en a 225 qui supportent Banyan Native VINES version 8.5 (la version actuelle du logiciel de Banyan conforme aux exigences de l'an 2000), tandis qu'il y en a 425 qui supportent Banyan StreetTalk for NT. Étant donné qu'il n'y a que 50 serveurs à remplacer pour recevoir Banyan StreetTalk for NT au lieu de 250 serveurs pour recevoir Banyan Native VINES, la différence estimative entre le coût de ces deux choix possibles est de 9 millions de dollars en faveur de la configuration StreetTalk for NT;

le système actuel de distribution de logiciels, qui a été adapté pour les Forces terrestres, fonctionne seulement avec le produit Banyan StreetTalk for NT.

Le Ministère soutient que, du fait de la complexité de la tâche, du manque de personnel local de technologie de l'information et du peu de temps disponible pour concevoir une solution viable et robuste, les Forces terrestres n'avaient d'autres choix que de passer de leur système d'exploitation de réseau, composé de Banyan Native VINES et de Banyan StreetTalk for NT, à une configuration unique, soit Banyan StreetTalk for NT, une solution déjà éprouvée dans les Réserves. En outre, une configuration d'ordinateur de bureau commune devait être adoptée avec un logiciel commun, la version StreetTalk for NT, automatiquement distribuée à tous les membres des Forces terrestres. Cette manière de procéder est essentielle afin que, dès qu'il a été déterminé qu'une application n'est pas conforme aux exigences de l'an 2000, la distribution automatique serve à transmettre automatiquement une nouvelle version aux ordinateurs de tous les utilisateurs.

Le Ministère a indiqué qu'il comprend que Novell ne conteste pas la mise à niveau que fait le MDN à l'intérieur de la gamme de produits Banyan, puisqu'il s'agit là d'une pratique commerciale normale. Novell, selon le Ministère, comprend que, au fil des ans, le MDN a beaucoup investi dans la base installée de produits connexes au système d'exploitation de réseau Banyan et que c'est son droit inhérent de protéger cet investissement en faisant la maintenance et la mise à niveau du système Banyan existant, ce qui comprend le besoin d'acquérir de nouvelles technologies pour y arriver.

Le Ministère a reconnu que le MDN a la possibilité de rendre son actuel système d'exploitation de réseau Banyan conforme aux exigences de l'an 2000 en faisant la mise à niveau à l'intérieur de la gamme de produits Banyan à partir de l'ancienne version de Banyan Native VINES, que le MDN utilise actuellement, en passant à la version la plus récente de Banyan Native VINES, c.-à-d., la version 8.5, offerte par Banyan depuis la mi-1998. Une telle mise à niveau n'exige pas la mise en place de licences et de serveurs Microsoft Windows NT. Le Ministère soutient que c'est justement ce à quoi s'oppose Novell, c'est-à-dire la mise en place sans appel d'offres concurrentielles de produits Microsoft.

Nonobstant ce qui précède, le Ministère a soutenu que Banyan StreetTalk for NT est la seule solution qui, des points de vue technique et opérationnel, peut permettre aux Forces terrestres de respecter le délai de l'an 2000 et d'assurer la préparation, l'exécution et l'appui entourant l'opération ABACUS depuis tout point de l'infrastructure de la technologie de l'information des Forces canadiennes, que ce soit un site de la Force régulière ou un site de la Force de réserve. Il en est ainsi, selon le Ministère, à cause du système de distribution de logiciels d'ordinateurs de bureau, du nombre de serveurs à remplacer et du manque de personnel de la technologie de l'information devant assurer le soutien de l'opération. Par conséquent, le Ministère a fait valoir que, bien que la version 8.5 de Banyan Native VINES soit conforme aux exigences de l'an 2000, elle ne comble pas les besoins techniques et opérationnels des Forces terrestres. En effet, les Forces terrestres ont normalisé leurs ordinateurs de bureau en adoptant un logiciel commun qui, si l'on passe à Banyan StreetTalk for NT, peut automatiquement transmettre les nouvelles versions des applications logicielles à tous les utilisateurs. En outre, du fait que les Forces terrestres ont acquis quelques serveurs qui n'acceptent pas Banyan Native VINES, elles devraient, pour obtenir la conformité aux exigences de l'an 2000 au moyen de Banyan Native VINES version 8.5, procéder à la mise à niveau de ces serveurs, ce qui reviendrait en fait à les « remplacer ».

En outre, le Ministère a soutenu que, pour les raisons expliquées ci-dessus, il en coûterait trop cher de faire la mise à niveau à la version 8.5 de Banyan Native VINES et il serait impossible de le faire en respectant les contraintes de temps de l'an 2000 et les exigences du soutien à l'opération ABACUS. Quoi qu'il en soit, le Ministère a indiqué que le projet de système de gestion d'entreprise ira en marché concurrentiel, en 2000-2001, en vue de l'acquisition d'un outil de distribution automatique de logiciels.

Le Ministère a affirmé que Novell a supposé à tort que le MDN a toujours eu l'intention d'utiliser les produits Microsoft sans recourir au régime concurrentiel. Le Ministère a soutenu que cette interprétation des intentions du MDN est tout simplement fautive. Le MDN a un engagement à l'endroit des produits Banyan et, en fait, un marché de programme de soutien de maintenance de deux ans a été passé avec Banyan.

En outre, le Ministère a soutenu que, sans cette idée fautive, il est clair que la plainte de Novell porte non pas sur des actes actuels, mais plutôt sur des actes anticipés. Par conséquent, le Ministère a soutenu que la plainte de Novell est, au mieux, prématurée. Dans l'exposé du Ministère, ce point de vue est soutenu par le fait que Novell cherche à recouvrer des profits perdus de l'ordre de 1,95 million de dollars, tandis que le PAC en cause ne vise qu'une valeur de 350 000 \$.

Pour ce qui est de la mise en place de nouveaux services et de nouvelles fonctions sans concurrence pour le système d'exploitation de réseau existant, le Ministère a soutenu que le MDN conserve la gamme de produits Banyan et que, par conséquent, il a droit aux mises à niveau de produits, ce qui comprend les nouvelles fonctions et les nouveaux services offerts par Banyan StreetTalk for NT. Dans l'exposé du Ministère, le besoin d'acquiescer des licences de Microsoft afin d'utiliser légalement Banyan StreetTalk for NT ne constitue pas l'acquisition du système d'exploitation de réseau Microsoft.

Le Ministère a demandé d'avoir l'occasion de présenter d'autres exposés sur les frais dans la présente affaire.

Position de Microsoft

Pour l'essentiel, Microsoft est d'accord sur les faits énoncés dans le RIF. Elle a soutenu que Novell n'a pas qualité pour déposer la plainte en question parce qu'elle n'est pas un « fournisseur potentiel » au sens du paragraphe 30.1 de la Loi sur le TCCE, du fait qu'elle ne fournit pas directement un produit ou un service visé par l'invitation à soumissionner ou qui pourrait servir à permettre la conformité pour l'an 2000 du produit Banyan Native VINES. Par conséquent, Novell n'est pas « un soumissionnaire, même potentiel » du contrat spécifique.

Microsoft a en outre soutenu que l'alinéa 1016(2)b) de l'ALÉNA s'applique en l'espèce parce que la « mise à niveau » à la version 8.5 de Banyan Native VINES, par opposition à la simple acquisition du StreetTalk de Banyan, n'est pas une solution viable tant pour des motifs d'ordre opérationnel que pour des motifs d'ordre technique. Microsoft a soutenu que l'alinéa 1016(2)d) de l'ALÉNA s'applique aux circonstances de la présente affaire, puisque ce dernier se rapporte pour l'essentiel, aux livraisons additionnelles à assurer par le fournisseur initial et destinées à compléter des installations déjà livrées, à savoir, la plate-forme StreetTalk. En outre, pour considérer l'utilisation de la version 8.5 de Banyan Native VINES plutôt que StreetTalk for NT de Banyan, il faudrait que le MDN achète du matériel qui ne réponde pas à ses exigences quant à une architecture de réseau ouverte, l'interexploitabilité, la connectivité et la compatibilité, relativement à une grande proportion de son matériel et de son système automatique de distribution de logiciels présentement en place.

Microsoft a avancé que l'alliance entre Banyan et Microsoft reflète l'évolution du marché concurrentiel et qu'accueillir la plainte aurait pour effet de priver le MDN des progrès technologiques et de l'exploitation en réseau offerts par Banyan StreetTalk.

Microsoft a soutenu qu'une procédure de passation d'un marché public, sous-tendue par l'exigence que les fournisseurs ne dépassent pas le plus bas dénominateur technique commun de la concurrence, est injuste à l'endroit de l'entité contractante et omet de récompenser les fournisseurs qui ont innové et développé des produits qui procurent des solutions à valeur ajoutée d'une manière efficiente et rentable.

Microsoft a enfin soutenu que, à la lumière du rôle du Tribunal en tant qu'organisme d'examen, ce dernier doit s'en remettre, dans une certaine mesure, au jugement des organismes du gouvernement sur l'application d'une solution de technologie de l'information par rapport à une autre parce que lesdits organismes sont les mieux placés pour déterminer de façon proactive les solutions les plus avantageuses aux plans de l'efficacité et des coûts en ce qui concerne leurs besoins opérationnels et techniques. Le défaut du Tribunal d'exercer de tels égards, selon Microsoft, grèverait indûment la procédure de passation du marché public et mènerait à des solutions inefficaces et à l'émergence d'un climat d'incertitude dans la procédure gouvernementale de passation des marchés publics, contrairement à l'objet et à l'esprit des accords commerciaux. De même, selon Microsoft, un régime de marchés publics qui restreindrait à ce point le pouvoir des ministères et ferait émerger une telle incertitude ne peut que nuire à la capacité d'un fournisseur potentiel d'obtenir des contrats et d'entreprendre des projets avec un degré suffisant de confiance que les efforts qu'il aura déployés ne l'auront pas été en vain.

Position de Novell

Novell a soutenu que, même si elle a rapidement agi pour exercer son droit de contester la manière dont le marché public en question a été tenu, le Ministère a accordé le contrat le jour même où Novell a été

avisée du rejet de son opposition, ce qui l'a privée de la possibilité d'obtenir auprès du Tribunal une ordonnance de report d'adjudication et d'avoir l'occasion de faire une offre concurrentielle dans le cadre du marché public en question si la plainte était accueillie par le Tribunal. Cela, selon Novell, est contraire aux dispositions de l'article 1017 de l'ALÉNA puisqu'il a été ainsi porté atteinte à son droit à un plein recours.

Novell a soutenu que le PAC, le RIF et la lettre du 22 avril 1999 du Ministère masquent l'objet réel de l'adjudication du marché en question. Il s'agit d'autant de tentatives de positionner le marché public comme étant une simple « mise à niveau » du produit Banyan Native VINES en place à une solution Banyan for NT. Novell a soutenu qu'une telle affirmation est absurde. Ce qui se passe, dans les circonstances, c'est que le MDN s'éloigne de son fournisseur titulaire actuel sans que ce dernier puisse bénéficier d'un appel d'offres ouvert.

Novell a déclaré que les Forces terrestres se servent du système d'exploitation de réseau Banyan et des technologies associées depuis plusieurs années. En outre, le MDN affirme maintenant qu'une mise à niveau du système d'exploitation de réseau Banyan à Microsoft Windows NT est nécessaire pour permettre la conformité pour l'an 2000 des systèmes du MDN. De plus, le MDN veut intégrer de nouvelles fonctions à ses systèmes actuels, ces fonctions n'étant apparemment disponibles qu'avec le système d'exploitation de réseau Microsoft Windows NT. À cet égard, Novell soutient que le MDN peut arriver à la conformité pour l'an 2000 de son système d'exploitation de réseau Banyan par une simple mise à niveau, à l'intérieur de la famille de produits Banyan, à la version 8.5 que Banyan a mise sur le marché au milieu de 1998. Novell ne conteste pas la mise à niveau par le MDN à l'intérieur de la gamme de produits d'un même fournisseur, puisqu'il s'agit là d'une pratique normale dans l'industrie. Toutefois, Novell conteste l'adoption non concurrentielle du produit Microsoft. Novell a soutenu que le Ministère, dans une lettre datée du 22 avril 1999, a reconnu, en réponse à la question 5, que le « passage » à un système d'exploitation de réseau Novell exigerait un appel d'offres intégral. Manifestement, selon Novell, le même raisonnement s'applique à un passage au produit Microsoft, ce qui est exactement ce que le MDN entreprend. Quant aux nouvelles fonctions que le MDN veut mettre en place, Novell est d'avis que les besoins en question doivent être correctement définis et l'acquisition réalisée dans le cadre des méthodes traditionnelles de concurrence.

Novell a en outre affirmé que le marché public en question représente l'adoption d'un nouveau système d'exploitation de réseau au moyen d'une méthode progressive et sans appel d'offres ouvert. Malgré toute protestation affirmant le contraire, Novell a soutenu, relativement au RIF, que Microsoft Windows NT Server 4.0 est un système d'exploitation de réseau qui fait directement concurrence au produit de Novell, appelé NetWare.

De plus, Novell a indiqué que l'achat par le MDN, de 1994 à 1996, d'environ 250 serveurs homologués NT, à un coût apparent d'environ 7 millions de dollars — des serveurs incompatibles avec Banyan Native VINES — a clairement démontré que le MDN entend passer à un nouveau système d'exploitation de réseau dont les exigences relatives au serveur ne sont pas compatibles avec les normes déclarées du MDN en ce qui concerne son système d'exploitation de réseau.

En ce qui concerne l'alliance stratégique entre Banyan et Microsoft, Novell a soutenu que, contrairement à la description qu'en donne le Ministère dans le RIF, le passage du produit Banyan Native VINES à Windows NT de Microsoft n'est pas une conséquence de l'évolution naturelle d'un « partenariat » entre Banyan et Microsoft. Novell a soutenu que l'objet de l'alliance est d'élaborer des outils et des services qui permettent aux clients qui veulent passer (c.-à-d. faire la transition) d'un environnement Banyan Native

VINES à un environnement basé sur Windows NT de le faire¹³. Novell a affirmé qu'un tel passage suppose une décision d'un client de passer à un nouveau système d'exploitation de réseau (Windows NT) fourni par un autre fournisseur (Microsoft). Novell a soutenu que le choix d'un nouveau système d'exploitation de réseau fourni par Microsoft et le passage à un tel système, sans recours à un appel d'offres en régime de concurrence, ne peuvent se justifier pour le motif que Banyan et Microsoft, pour des raisons d'ordre commercial se rapportant uniquement à ces deux sociétés, ont décidé de conclure une alliance stratégique. Novell offre un produit, Novell NetWare, qui concurrence directement Microsoft Windows NT Server 4.0, et Novell aurait dû avoir la possibilité, dans le cadre d'un appel d'offres ouvert, de démontrer sa capacité à répondre aux besoins du MDN.

De plus, Novell a indiqué que, bien que StreetTalk for NT de Banyan offre aux clients actuels de Banyan la possibilité d'interconnecter efficacement Banyan Native VINES et Windows NT de Microsoft, avant de décider d'exploiter Windows NT de Microsoft en parallèle avec Banyan, un client averti examinerait la question de savoir 1) s'il désire introduire Windows NT de Microsoft ou un autre système d'exploitation de réseau comme NetWare de Novell, et 2) dans le cas où la décision serait d'introduire un environnement Windows NT de Microsoft, s'il y a lieu de se servir de StreetTalk for NT comme produit de répertoire ou de NDS for NT.

Novell a soutenu que, pour qu'un produit particulier puisse être considéré comme une mise à niveau, il doit s'agir d'une amélioration « évolutive » directe d'un produit en place, dans ce cas le système d'exploitation de base. Ainsi, selon Novell, une mise à niveau de Banyan Native VINES se ferait de la version X de son système de base et de son système d'exploitation en UNIX à une version Y. Dans le cas de Novell NetWare, elle se ferait du système d'exploitation NetWare X au système d'exploitation NetWare Y et, dans le cas de Microsoft, elle se ferait du système Micro de Microsoft X au système de base de Microsoft Y. Pour les raisons susmentionnées, Novell a soutenu que le RIF déclare à tort que l'acquisition de Microsoft Windows NT s'inscrit dans une démarche de mise à niveau de VINES¹⁴. Novell a soutenu que passer de Banyan Native VINES avec l'utilisation de StreetTalk à Microsoft Windows NT avec l'utilisation de StreetTalk for NT constitue un remplacement de système d'exploitation et un choix de service de répertoire, et non une mise à niveau.

En outre, Novell a soutenu que le passage de StreetTalk à StreetTalk for NT est une étape très importante qui inclut des décisions en termes de logiciel et de matériel. Novell a ajouté que, une fois l'infrastructure Microsoft Windows NT en place, avec tous les serveurs compatibles à Microsoft Windows NT et le StreetTalk for NT déployés, tout gestionnaire de technologie de l'information raisonnable déconnecterait le réseau Banyan Native VINES. Il serait tout simplement trop coûteux, en temps, en effort et en maintenance, d'agir autrement. De plus, Novell a soutenu que, si le Microsoft Active Directory s'avère supérieur au StreetTalk for NT, les clients passeront de StreetTalk for NT à Active Directory, ainsi qu'il est clairement énoncé dans le communiqué de presse de Banyan du 13 janvier 1999.

Pour ce qui est de la tentative du Ministère de positionner le marché public en question dans la perspective d'une réponse à un besoin urgent aux fins de la configuration et de la préparation pour l'opération ABACUS, Novell a soutenu que telle n'est pas la véritable raison d'être qui sous-tend le marché en question. Le PAC ne fait aucunement mention de l'opération ABACUS, et les renseignements fournis par le Ministère indiquent que, depuis plusieurs années, le MDN achète des serveurs destinés à la Force

13. RIF, onglet 1.

14. RIF à la p. 6, paragr. 4.

régulière et à la Force de réserve qui ne sont pas homologués en termes de leur fonctionnement dans l'environnement Banyan Native VINES du MDN. Novell a soutenu que le MDN a, de fait, entrepris de mettre en œuvre un projet de rationalisation du système d'exploitation de réseau, amorcé en septembre 1995. De plus, Novell a soutenu que le marché en question n'est qu'une étape dans un projet bien défini du MDN, visant la rationalisation du système d'exploitation de réseau, qui a été entrepris il y a plusieurs années. Ce projet de rationalisation a été mis en œuvre selon une démarche de fragmentation de projet, sans effectuer d'appels d'offres, contrairement aux accords commerciaux.

En réponse aux questions spécifiques soulevées dans le RIF, Novell a soutenu, notamment, ce qui suit :

le motif d'interexploitabilité invoqué par le Ministère en l'espèce n'est pas raisonnable, puisque les opérations des unités militaires déployées se font au moyen de systèmes radio tactiques et stratégiques, et non au moyen de réseaux locaux administratifs. De plus, toute communication entre les unités de la force terrestre, de la force aérienne ou de la force navale doit passer par les réseaux locaux Novell utilisés par le Commandement aérien et le Commandement maritime, sans mentionner les communications avec la Gendarmerie royale du Canada et la Garde côtière canadienne qui, toutes les deux, participeront vraisemblablement à l'opération ABACUS;

parce que le MDN aurait pu rendre son système d'exploitation de réseau Banyan conforme pour l'an 2000 à l'intérieur de la famille de produits Banyan, la question de la conformité pour l'an 2000 pour justifier le marché public en question n'est qu'un faux-fuyant;

l'existence de deux configurations de système d'exploitation de réseau au sein des Forces terrestres (Banyan Native VINES et Microsoft Windows NT) est le fait de l'action du MDN lui-même et non le résultat de l'évolution technologique ou le fruit de marchés publics en régime de concurrence;

Banyan, Novell et Microsoft ont tous la capacité de distribuer automatiquement des logiciels. Il s'agit là d'une des fonctions principales de tout réseau. De plus, contrairement à l'affirmation du Ministère, StreetTalk, dans ses versions Native VINES ou for NT, n'exécute pas de distribution de logiciels. StreetTalk est un service de répertoire qui contient certains des renseignements dont le système de distribution de logiciels a besoin pour les mises à niveau de logiciels de bureau;

StreetTalk for NT version 4.0 est la seule solution Banyan qui puisse permettre au MDN de distribuer ses logiciels de bureau courants parce que les Forces terrestres ont interrompu leur travail d'ingénierie à l'interne dans ce domaine, étant donné que cela pouvait se faire via les serveurs de fichiers NT;

le RIF n'explique nullement pourquoi il a été nécessaire d'acheter un nouveau, en fait un troisième, système d'exploitation de réseau (c.-à-d. Microsoft Windows NT) alors que le MDN possédait déjà un système d'exploitation de réseau Banyan regroupant environ 26 500 utilisateurs et un deuxième système d'exploitation de réseau (Novell) regroupant environ 13 000 utilisateurs;

Banyan établit une distinction entre un « soutien » (c.-à-d. la fourniture de mises à niveau pour faire en sorte de façon certaine que VINES soit conforme aux exigences de l'an 2000) et des « améliorations » représentant l'ajout de nouvelles fonctions devant être

principalement élaborées pour StreetTalk for NT. Si les Forces terrestres veulent ajouter des fonctions, elles devraient procéder par appel d'offres;

le fait que la Force régulière ait acheté 100 nouveaux serveurs NT qui ne sont pas homologués pour fonctionner dans l'environnement Banyan Native VINES des Forces terrestres, le fait aussi que la Force de réserve ait acheté 150 serveurs dans des conditions identiques et le fait que seulement 225 des 475 serveurs que possèdent les Forces terrestres soient homologués pour fonctionner dans l'environnement Banyan Native VINES démontrent que le MDN a l'intention de passer du système d'exploitation de réseau Banyan au système d'exploitation de réseau de Microsoft;

l'argument avancé dans le RIF selon lequel l'achat récent de serveurs non homologués pour être utilisés avec le système d'exploitation de réseau Banyan Native VINES serait une méprise n'est pas un argument plausible. La présence même d'environ 250 serveurs homologués Microsoft Windows NT indique clairement une façon de procéder, et non une simple erreur isolée;

la déclaration, dans le RIF, selon laquelle la plainte de Novell est, au mieux, prématurée ne tient pas compte du fait que le PAC en question fait partie d'un projet de rationalisation du système d'exploitation de réseau. De plus, l'indication qu'il y aura subséquentement un appel d'offres omet de préciser le contexte éventuel d'un tel appel d'offres c.-à-d. une énorme base installée d'un produit d'un soumissionnaire particulier et l'attribution d'importants coûts de transition associés au passage à une solution de rechange;

l'alinéa 1016(2)b) de l'ALÉNA n'est pas pertinent en l'espèce parce que Novell est un fournisseur potentiel du projet de rationalisation de système d'exploitation de réseau. Par conséquent, il n'y a pas absence de concurrence pour des raisons techniques, et il ne peut pas être dit non plus qu'il n'y a pas de solution de rechange au passage à un système d'exploitation de réseau Microsoft;

l'alinéa 1016(2)d) de l'ALÉNA ne peut s'appliquer puisque la fourniture initiale des logiciels et du matériel était soit non assujettie à l'ALÉNA soit assujettie mais non obtenue d'une manière prévue par l'ALÉNA, puisqu'il n'y a eu publication ni de demande de propositions ni de PAC ni d'avis d'adjudication de contrat initial du MDN à l'intention des vendeurs.

Novell a déclaré que le projet de rationalisation du système d'exploitation de réseau du MDN s'était déroulé à peu près de la manière suivante : le MDN, sans effectuer d'appels d'offres, a procédé à la mise à niveau à Banyan StreetTalk for NT et s'en est servi comme outil de passage pour faire passer le service de répertoire StreetTalk d'un environnement Banyan Native VINES à un environnement Microsoft Windows NT. Le MDN a ensuite acheté des logiciels de serveur NT et le matériel homologué nécessaire en utilisant des offres à commandes principales et nationales et a enlevé le répertoire de la plate-forme VINES pour le faire passer à la plate-forme Microsoft Windows NT. Selon Novell, Microsoft Windows NT est maintenant entièrement déployé et contrôlé par StreetTalk for NT et il n'est pas nécessaire de garder ou de faire la maintenance du système d'exploitation de réseau Banyan Native VINES. L'étape finale du passage consistera à remplacer StreetTalk for NT par Microsoft Active Directory.

Novell a soutenu que, étant donné les circonstances de la présente affaire, les facteurs énumérés au paragraphe 30.15(3) de la Loi sur le TCCE justifient le versement d'un montant supplémentaire d'indemnité en reconnaissance de l'ampleur du préjudice causé à l'intégrité du mécanisme d'adjudication et du préjudice causé à Novell.

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes de l'article 30.14 de la Loi sur le TCCE, le Tribunal doit, lorsqu'il a décidé d'enquêter, limiter son étude à l'objet de la plainte. En outre, à la fin de l'enquête, le Tribunal doit déterminer le bien-fondé de la plainte en fonction des critères et des procédures établis par règlement pour un contrat spécifique. De plus, l'article 11 du Règlement prévoit, notamment, que le Tribunal doit déterminer si le marché public a été passé conformément aux exigences de l'ALÉNA, de l'AMP et de l'ACI.

Le Tribunal doit d'abord considérer l'affirmation de Microsoft selon laquelle Novell n'aurait pas qualité pour déposer la présente plainte parce qu'elle ne fournit pas directement les produits ou services visés dans l'invitation à soumissionner, c'est-à-dire des licences de serveurs Microsoft et des LAC, ou qui pourraient rendre le produit Banyan Native VINES conforme pour l'an 2000. Microsoft a soutenu que Novell n'est donc pas un fournisseur potentiel d'un contrat spécifique.

Le paragraphe 30.11(1) de la Loi sur le TCCE prévoit que « [t]out fournisseur potentiel peut, sous réserve des règlements, déposer une plainte auprès du Tribunal concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique et lui demander d'enquêter sur cette plainte ». L'article 30.1 de la Loi sur le TCCE définit l'expression « fournisseur potentiel » comme étant tout « soumissionnaire — même potentiel — d'un contrat spécifique ».

Selon le Tribunal, bien que Novell ne puisse fournir de LAC et de licence de serveur de Microsoft, elle peut, cependant, contester l'aspect de la procédure du marché public qui a trait à la méthode d'acquisition utilisée dans le PAC. Novell n'a donc pas besoin de démontrer sa compétence à participer à l'invitation à soumissionner spécifique, à titre de soumissionnaire ou de soumissionnaire potentiel, puisque la nature restrictive de la méthode d'acquisition appliquée dans le PAC l'empêche de devenir un fournisseur potentiel du contrat spécifique. Le Tribunal est d'avis qu'il suffit que Novell démontre qu'elle aurait été un soumissionnaire — même potentiel — si la procédure du marché public avait pris la forme d'un appel d'offres en régime de concurrence, et qu'elle aurait pu fournir les biens et services visés dans l'adjudication. Le Tribunal est convaincu que Novell répond à ce critère. De plus, puisque le Commandement aérien et le Commandement maritime du MDN utilisent le système d'exploitation de réseau de Novell dans leurs opérations, Novell a donc qualité pour introduire sa plainte.

Avant d'aborder la question essentielle liée à la plainte, c.-à-d. celle de savoir si le recours à une procédure d'appel d'offres limitée est en l'espèce justifiée, le Tribunal traitera de diverses questions secondaires que les parties ont soulevées.

Novell a soutenu que l'invitation à soumissionner en question n'est qu'une partie d'un projet global de rationalisation des systèmes d'exploitation entrepris au MDN depuis septembre 1995. À cet égard, le Tribunal précise clairement que seule l'invitation n° W8474-9-QQD8/A fait ici l'objet de l'examen du Tribunal. Le bien-fondé des actions de passation de marchés publics passées ou à venir, dont il a été fait mention ci-dessus ou dans les observations des parties versées au dossier de la présente procédure, ne font pas l'objet de l'examen du Tribunal.

En ce qui a trait à la question du « fractionnement du marché » soulevée par Novell, le Tribunal fait observer que les accords commerciaux¹⁵ prévoient que les parties ne peuvent préparer, élaborer ou autrement structurer un marché dans l'intention de se soustraire aux obligations des accords commerciaux. Dans ce contexte, le Tribunal fait observer que l'invitation à soumissionner en question, qu'elle s'inscrive ou non dans le cadre d'un marché plus vaste, est assujettie aux dispositions de l'ALÉNA, de l'AMP et de l'ACI. Le Tribunal est donc d'avis que le MDN et le Ministère ne se soustraient pas aux obligations des accords commerciaux dans la présente affaire.

De plus, le Tribunal est d'avis que ce que Novell qualifie de marché global, mis en œuvre de façon fragmentée par le MDN, peut aussi être vu comme le déroulement d'une stratégie de technologie de l'information. Le Tribunal établit la distinction susmentionnée pour souligner qu'il n'y a rien d'incorrect dans le fait d'élaborer une stratégie de technologie de l'information en termes génériques, une stratégie qui n'adopte pas ou n'applique pas de spécifications techniques qui auraient pour objet ou pour effet de créer des entraves inutiles au commerce. Selon le Tribunal, il est utile d'apporter cet éclaircissement, à la lumière de l'exposé de Microsoft selon laquelle les entités, et non le Tribunal, sont les mieux placées pour déterminer leurs besoins. Bien que le Tribunal soit d'accord avec cette opinion, il fait observer que, pour l'application de telles stratégies, les accords commerciaux prescrivent clairement qu'elles doivent en général être mises en œuvre dans le cadre d'appels d'offres en régime de concurrence. Le Tribunal est d'avis qu'il est donc clair que lorsque des stratégies, comme la stratégie concernant le système d'exploitation de réseau du MDN, sont mises en œuvre, les marchés publics qui en découlent doivent être passés en conformité avec les dispositions des accords commerciaux pertinents.

Dans le présent contexte, le Tribunal souligne que les accords commerciaux prévoient que chaque Partie fera en sorte que les procédures de passation des marchés suivies par ses entités soient appliquées de façon non discriminatoire en vue d'assurer à tous les fournisseurs un accès égal¹⁶. Le Tribunal est donc d'avis, comme il a été énoncé à de nombreuses reprises dans des décisions du Tribunal et de son prédécesseur, la Commission de révision des marchés publics du Canada, que, aux termes des accords commerciaux, les procédures d'appel d'offres concurrentielles sont la norme¹⁷. Les procédures d'appel d'offres limitées sont l'exception, et doivent être interprétées de façon étroite par le Tribunal, les entités ayant la charge d'établir quelles circonstances ou conditions, énoncées dans les dispositions des accords commerciaux visant l'utilisation des procédures d'appel d'offres limitées, sont justifiées.

Dans le RIF et ses exposés subséquents, le Ministère a soutenu que les procédures d'appel d'offres concurrentielles n'étaient pas justifiées en l'espèce, du fait du caractère non économique de l'application par le MDN desdites procédures; du fait des contraintes de temps, comme l'exigence liée à la conformité pour l'an 2000 du système d'exploitation de réseau des Forces terrestres et l'obligation de coordonner l'opération ABACUS au nom du MDN; et du fait que le marché public en question est simplement une « mise à

15. Paragraphe 1001(4) de l'ALÉNA, article VI de l'AMP et alinéa 504(3)b) de l'ACI.

16. Article 1008 de l'ALÉNA, article VII de l'AMP et article 501 de l'ACI.

17. Voir *Encore Computer Ltd.*, Commission de révision des marchés publics du Canada, numéro du greffe de la Commission G92PRF6631-021-0001, *Décision de la Commission*, le 28 février 1992; *Array Systems Computing Inc.*, Tribunal canadien du commerce extérieur, dossier n° PR-95-023, *Décision du Tribunal*, le 16 avril 1996; *Sybase Canada Ltd.*, Tribunal canadien du commerce extérieur, dossier n° PR-96-037, *Décision du Tribunal*, le 30 juillet 1997; *Polaris Inflatable Boats (Canada) Ltd.*, Tribunal canadien du commerce extérieur, dossier n° PR-98-033, *Décision du Tribunal*, le 8 mars 1999; et *Wescam Inc.*, Tribunal canadien du commerce extérieur, dossier n° PR-98-039, *Décision du Tribunal*, le 19 avril 1999.

niveau » du système d'exploitation de réseau Banyan actuel. Le Tribunal fait cependant observer que le Ministère, dans le PAC, a, d'une manière formelle, invoqué uniquement les conditions et circonstances décrites aux alinéas 1016(2)b) et d) de l'ALÉNA. Le Tribunal traite de cet aspect plus en détail ci-dessous.

En ce qui concerne l'argument selon lequel les appels d'offres en régime de concurrence ne seraient pas une façon économique de procéder, le Tribunal est d'avis que les considérations monétaires, à elles seules, ne sont pas un motif valable aux termes des accords commerciaux pour utiliser des procédures d'appel d'offres limitées. À moins qu'il n'existe des motifs bien fondés d'utiliser les procédures d'appel d'offres limitées comme le précisent les accords commerciaux, les questions économiques doivent être décidées par les forces concurrentielles du marché.

Pour ce qui est de la question d'urgence (les contraintes de temps liées à la conformité pour l'an 2000 et à l'opération ABACUS), le Tribunal fait observer que, bien qu'il soit fait mention dans les accords commerciaux d'un tel motif justifiant l'utilisation des procédures d'appel d'offres limitées¹⁸, ni le Ministère ni le MDN n'ont invoqué ledit motif dans le PAC. Une telle justification après le fait ne peut donc être maintenant invoquée. Quoi qu'il en soit, le Tribunal fait observer que les termes de ladite justification seraient difficiles à satisfaire dans les circonstances, compte tenu que la condition fait mention de situations où il existe des raisons « d'extrême urgence due à des événements qui ne pouvaient être prévus par l'entité » et que, par exemple, depuis le milieu de 1998, Banyan offre à ses clients une nouvelle version de StreetTalk, la version 8.5, qui est conforme aux exigences de l'an 2000.

Le Tribunal fait également observer qu'il n'a pas été fait mention dans le PAC de l'obligation de mener l'opération ABACUS. En outre, le Tribunal n'est pas convaincu par l'argument avancé dans le RIF selon lequel, pour permettre les communications depuis tout point de l'infrastructure du MDN, il faut restructurer la totalité de l'infrastructure de la technologie de l'information du MDN. Cela ne répond pas à la question sur la façon dont, durant l'opération ABACUS, les Forces terrestres communiqueront avec le Commandement aérien et le Commandement maritime qui utilisent le système d'exploitation de réseau Novell, et encore moins avec la Gendarmerie royale du Canada et la Garde côtière canadienne qui doivent, censément, également participer à ladite opération.

En ce qui a trait à la question de « mise à niveau », le point que le Tribunal doit examiner porte sur la question de savoir si l'acquisition de LAC et de licences de serveur Microsoft, correctement interprétée, constitue l'acquisition de « nouvelles versions » au système d'exploitation de réseau Banyan Native VINES. Le Tribunal comprend que StreetTalk for NT permet au Banyan Native VINES de communiquer avec Microsoft Windows NT et vice versa. Le Tribunal ne comprend cependant pas comment l'achat de LAC et de licences Microsoft NT Server 4.0 puisse constituer une nouvelle version de Banyan Native VINES, un produit développé et fabriqué par une autre société. Le Tribunal est d'avis que ce marché public ne vise pas une mise à niveau du système d'exploitation de réseau Banyan, contrairement à ce qu'a soutenu le Ministère.

18. L'alinéa 1016(2)c) de l'ALÉNA et l'alinéa XV(1)c) de l'AMP prévoient ce qui suit : « dans la mesure où cela sera strictement nécessaire lorsque, pour des raisons d'extrême urgence dues à des événements qui ne pouvaient être prévus par l'entité, les procédures ouvertes ou sélectives ne permettraient pas d'obtenir les produits ou les services en temps voulu ». L'alinéa 506(11)a) de l'ACI précise ce qui suit : « lorsqu'il existe une situation d'urgence imprévisible et que des produits, des services ou des travaux de construction ne peuvent être obtenus en temps utile par l'application de procédures ouvertes de passation des marchés publics ».

En ce qui concerne la question essentielle dans la présente affaire, le Tribunal doit décider si l'existence des circonstances et des conditions prévues aux alinéas 1016(2)b) et d) de l'ALÉNA pour utiliser des procédures d'appel d'offres limitées, et déroger ainsi aux articles 1008 à 1015 de l'ALÉNA, a été démontrée par le Ministère et le MDN en l'espèce. Le Tribunal fait observer que le paragraphe 1016(1) de l'ALÉNA prescrit que, dans certaines circonstances et sous réserve de certaines conditions, des procédures d'appel d'offres limitées peuvent être utilisées, à condition que ces procédures limitées ne soient pas utilisées dans le dessein de ramener la concurrence en deçà du maximum possible. Dans le PAC, le Ministère et le MDN ont invoqué les alinéas 1016(2)b) et d) de l'ALÉNA pour justifier l'utilisation des procédures d'appel d'offres limitées pour la tenue du marché public en cause.

Le paragraphe 1016(2) de l'ALÉNA prévoit, notamment, qu'une entité pourra utiliser les procédures d'appel d'offres limitées dans les conditions suivantes :

b) lorsque, [...] pour des raisons liées à la protection de brevets, de droits d'auteur ou d'autres droits exclusifs [...] ou en l'absence de concurrence pour des raisons techniques, les produits ou services ne pourront être fournis que par un fournisseur particulier et qu'il n'existera aucun produit ou service de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisant; [Soulignement ajouté]

d) lorsqu'il s'agira de livraisons additionnelles à assurer par le fournisseur initial et portant sur le remplacement de pièces ou la prestation de services continus à l'égard de fournitures, de services ou d'installations déjà livrés, ou visant à compléter ces fournitures, services ou installations, et qu'un changement de fournisseur obligerait l'entité à acheter des équipements ou des services ne répondant pas à des conditions d'interchangeabilité avec des équipements ou des services déjà existants, y compris les logiciels, dans la mesure où l'achat initial s'inscrit dans le cadre du présent chapitre. [Soulignement ajouté]

Le Tribunal n'est pas convaincu que le Ministère et le MDN ont réussi à démontrer que les conditions prévues aux alinéas 1016(2)b) et d) l'ALÉNA ont été satisfaites en l'espèce.

Pour ce qui est de l'alinéa 1016(2)b) de l'ALÉNA, le Tribunal n'est pas convaincu que Novell NetWare n'est pas un produit de rechange ou de remplacement raisonnable relativement au logiciel Microsoft Windows NT Server 4.0 pour le besoin en cause. Selon le Tribunal, il s'ensuit donc qu'il existe au moins un produit de rechange ou de remplacement raisonnable et, par conséquent, cette condition ne peut fonder l'utilisation des procédures d'appel d'offres limitées dans la présente affaire.

En ce qui a trait à l'alinéa 1016(2)d) de l'ALÉNA, le Tribunal fait observer que le marché public initial portant sur le logiciel Banyan n'a pas été passé avec Microsoft et que le marché public en question ne porte donc pas sur des « livraisons additionnelles à assurer par le fournisseur initial ». Le Tribunal conclut, par conséquent, que l'alinéa ne s'applique pas au marché public en cause.

Novell a demandé que soit lancé un appel d'offres convenable relativement au besoin ou, comme solution de rechange, de recevoir une indemnité en reconnaissance des profits qu'elle a perdus.

Le Tribunal ne comprend pas pourquoi le Ministère a accordé si rapidement un contrat relatif au marché public en question. Le Ministère était bien au fait de l'opposition de Novell au marché public tel qu'il était proposé et savait que Novell, comme c'était son droit aux termes de la Loi sur le TCCE, avait l'intention de déposer une plainte à cet égard auprès du Tribunal. Pourtant, sans qu'il n'ait été fait mention de l'urgence du besoin ou qu'une telle urgence ait été invoquée dans le PAC, le Ministère a accordé un contrat à Microsoft le 10 février 1990, le même jour où il a avisé Novell que son opposition avait été refusée. Le

Tribunal est d'avis que, lorsqu'il a accordé un contrat à Microsoft à la date susmentionnée, le Ministère a, de fait, privé Novell, parmi l'éventail des mesures correctives possibles, de la possibilité que le marché public fasse l'objet d'un appel d'offres. En ce sens, un préjudice a clairement été causé à Novell parce que cette dernière a été privée de l'occasion d'offrir une offre en régime de concurrence pour le marché public en question et de la possibilité d'obtenir le contrat, et d'en tirer des profits. Étant donné les circonstances, où manifestement Banyan, Novell et Microsoft auraient pu faire concurrence pour répondre au besoin, le Tribunal estime l'occasion perdue par Novell selon un rapport de 1 à 3 et le préjudice qu'elle a subi, à un montant équivalant le tiers des profits qu'elle aurait réalisés si le marché lui avait été adjugé au même prix qu'il a été adjugé à Microsoft, c.-à-d. 359 735,07 \$, moins la TPS.

Le Ministère a soutenu que la plainte de Novell était prématurée et dénuée de fondement, puisque le MDN n'a pas l'intention de cesser d'apporter un soutien à son système d'exploitation de réseau Banyan et parce que, comme il a été indiqué dans le PAC, le MDN réévaluera son besoin de système d'exploitation de réseau après l'an 2000 et que le projet de système de gestion d'entreprise ira en marché concurrentiel, en 2000-2001, en vue de l'acquisition d'un outil de distribution automatique de logiciels. Novell a soutenu que l'affirmation susmentionnée du Ministère omet de préciser le contexte du futur appel d'offres, à savoir une énorme base installée d'un produit d'un soumissionnaire particulier et l'attribution d'importants coûts de transition associés au passage à une solution de rechange. Dans un tel contexte, le Tribunal renvoie les parties aux décisions qu'il a rendues dans les affaires *Sybase Canada Ltd.*¹⁹ et *Corel Corporation*²⁰ qui indiquent la façon dont le Tribunal a abordé la question des coûts de transition dans le cadre d'un appel d'offres.

DÉCISION DU TRIBUNAL

À la lumière de ce qui précède, le Tribunal détermine que le marché public n'a pas été passé conformément aux dispositions pertinentes de l'ALÉNA, de l'AMP et de l'ACI que, par conséquent, la plainte est fondée.

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et (3) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal recommande que le gouvernement verse à Novell une indemnité d'un montant équivalant au tiers des profits qu'elle aurait réalisés si le marché lui avait été adjugé au prix auquel il a été adjugé à la société Microsoft Corporation, c.-à-d. 359 735,07 \$ moins la TPS, parce que cette dernière a été privée de la possibilité d'obtenir le contrat et d'en tirer des profits.

Aux termes du paragraphe 30.16(1) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal accorde à Novell le remboursement des frais raisonnables engagés pour le dépôt et le traitement de la plainte.

Patricia M. Close

Patricia M. Close

Membre

19. Dossier n° PR-96-037, *Décision du Tribunal*, le 30 juillet 1997.

20. Dossiers n° PR-98-012 et PR-98-014, *Décision du Tribunal*, le 26 octobre 1998.